

ANOTAÇÕES À LEI N. 11.719/2008*

Maurílio Moreira Leite**

A Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, com vigência a partir de 23 de agosto (60 dias após a data de sua publicação), introduz profundas modificações nos procedimentos previstos no Código de Processo Penal, dando ênfase aos princípios da concentração e oralidade: numa só audiência deverão ser produzidas as provas pretendidas pelas partes, com alegações orais e prolação imediata de sentença. Criou também a possibilidade de absolvição sumária, além de ter ampliado as causas de não recebimento da denúncia ou queixa. Classificou os procedimentos em comum e especial, o primeiro dividido em ordinário, sumário e sumaríssimo, tendo em conta o máximo da pena cominada à infração penal. Trouxe o princípio da identidade física do juiz, bem como a citação com hora certa, nos moldes previstos no Código de Processo Civil. Modificou as regras atinentes ao aditamento, que será sempre necessário se houver mudança de definição jurídica oriunda de prova amealhada na instrução. Introduziu a obrigatoriedade de na sentença ser fixado “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Tudo na elogiável pretensão de tornar célere a prestação jurisdicional na esfera penal. Do acerto ou não das modificações, o tempo, por certo, dirá.

Sem almejar exaurir o muito que poderá ser dito acerca da reforma, alinhamos, a seguir, algumas considerações para reflexão dos estudiosos da matéria, os quais darão a última palavra.

Art. 63 – Diz respeito à execução, no juízo cível, de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, por parte do ofendido ou seu representante legal ou seus herdeiros.

* Artigo redigido em julho de 2008.

** Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

A modificação refere-se ao acréscimo de parágrafo único, o qual prevê que a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado na sentença, nos termos do inciso IV do artigo 387, cuja redação, dada pela lei em questão, é a seguinte: “O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

Pela segunda vez o legislador trouxe à legislação processual penal assunto que dizia respeito, à área civil. A primeira foi no Código Brasileiro de Trânsito, artigo 297. A respeito escrevemos, à época:

É consequência da sentença penal condenatória a obrigação de reparar o dano causado pelo crime (Código Penal, art. 91, I). Transitada em julgado a decisão condenatória, a qual constituirá título executivo judicial (Código de Processo Civil, art. 598, II), caberá ao interessado interpor a respectiva ação civil, competindo ao Ministério Público tal incumbência quando ocorrente o estabelecido no artigo 68, do Código de Processo Penal.

Sobre a competência do Ministério Público, leia-se Guilherme de Souza Nucci (2004, p. 117-118), lembrando que em Santa Catarina não existe Defensoria Pública.

A separação da jurisdição penal da civil é absoluta. O Código de Trânsito, no entanto, no seu artigo 297, deu tímido passo à descaracterização da tradicional independência ao criar a chamada *multa reparatória*, a qual, embora nominada como pena, tem evidente e incontroversa destinação civil, pois visa indenizar o prejuízo material oriundo de crime de trânsito. Leia-se: “A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no §1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime” (JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 2003/2004, p. 189).

Art. 257 – A antiga redação esclarecia que era da competência do Ministério Público promover e fiscalizar a execução da lei. Agora, em dois incisos é prescrito: “Ao Ministério Público cabe: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e II – fiscalizar a execução da lei”. De notar que com a inclusão da expressão “privativamente” não foi revogado o artigo 29, que trata da ação penal privada subsidiária da pública, assim redigido: “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal”.

É criticável, no entanto, o fundamento – “se esta não for intentada no prazo legal”. Acerca do tema, apresentamos a seguinte proposição, quando se cogitava da reforma da Parte Geral do Código Penal, em abril de 1981:

Quinta sugestão. Artigo 100, § 3º. Redação do Anteprojeto: A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. Redação proposta: A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não se manifestar no prazo legal. Justificativa: Ao receber, o Ministério Público, um inquérito policial ou qualquer peça de informação, ele não é obrigado, necessariamente, a oferecer denúncia. Cabe-lhe poder discricionário de exame do contido naqueles procedimentos e chegar a conclusão acerca da existência, ou não, de um fato delituoso. Ou mesmo, ante a necessidade de maiores esclarecimentos, entender indispensável alguma diligência. Ora, o sentido do dispositivo do Anteprojeto, idêntico ao que está em vigor, é dar ao ofendido ou seu representante legal um certo poder de fiscalização dos atos do Ministério Público no concernente a uma possível desídia. Somente em casos de inércia do Ministério Público é justificável a ação penal privada subsidiária da pública.

Segundo Damásio E. de Jesus, “A ação penal privada subsidiária da pública só cabe quando o órgão do Ministério Público ultrapassa inerte o prazo para o oferecimento da denúncia. Não tem cabência nos casos de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação e quando o Promotor Público requer, tratando-se de indiciado solto, a devolução dos autos à autoridade policial no sentido de realização de diligência imprescindível para o oferecimento da denúncia.” (Direito Penal, 1º vol. Ed. Saraiva, 1979, p. 576). A redação proposta visa não só conciliar o que existe na doutrina e na jurisprudência a respeito, como evitar futuras polêmicas interpretativas¹.

Sem esquecer que, agora, a matéria também é tratada no artigo 5º, inciso LIX, da Constituição Federal de 1988.

Art. 265 – Determina que o defensor só poderá abandonar o processo por motivo imperioso e com comunicação prévia, sob pena de aplicação de multa (10 a 100 salários-mínimos). Este artigo passou a ter dois parágrafos. Um permite a transferência da audiência caso o defensor, por motivo justificado, não puder comparecer. Antes não era possível a transferência e a falta era suprida com nomeação *ad hoc* para o ato. Essa nomeação ainda persiste se o defensor não provar impedimento até a abertura da audiência. E o § 2º prevê que “incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato”.

Art. 362 – A citação por edital pelo prazo de 5 dias do réu que se oculta para não ser citado foi substituída pela citação com hora certa, nos termos dos artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil.

Art. 363 – A antiga redação dizia respeito a outras hipóteses de citação por edital. A atual refere-se à formalização do processo. Leia-se: “O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do

1

acusado.” Os incisos I e II foram revogados, acrescentado o § 1º, que diz: “Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital”. Os parágrafos 2º e 3º foram vetados, bem como a nova redação do artigo 366.

Para melhor compreensão, leia-se a matéria vetada e os motivos apresentados:

§§ 2º e 3º do art. 363 e *caput* do art. 366 do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal, alterados pelo art. 1º do Projeto de Lei:

“Art. 363.

.....

§ 2º Não comparecendo o acusado citado por edital, nem constituindo defensor:

I — ficará suspenso o curso do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição em abstrato do crime objeto da ação (art. 109 do Código Penal); após, recomençará a fluir aquele;

II — o juiz, a requerimento do Ministério Público ou do querelante ou de ofício, determinará a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

III — o juiz poderá decretar a prisão preventiva do acusado, nos termos do disposto nos arts. 312 e 313 deste Código.

§ 3º As provas referidas no inciso II do § 2º deste artigo serão produzidas com a prévia intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor público ou dativo, na falta do primeiro, designado para o ato.

.....” (NR)

“Art. 366. A citação ainda será feita por edital quando inacessível, por motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu.

.....”

Razões dos vetos

“A despeito de todo o caráter benéfico das inovações promovidas pelo Projeto de Lei, se revela imperiosa a indicação do veto do § 2º do art. 363, eis que em seu inciso I há a previsão de suspensão do prazo prescricional quando o acusado citado não comparecer, nem constituir defensor. Entretanto, não há, concomitantemente, a previsão de suspensão do curso do processo, que existe na atual redação do art. 366 do Código de Processo Penal. Permitir a situação na qual ocorra a suspensão do prazo prescricional, mas não a suspensão do andamento do processo, levaria à tramitação do processo à revelia do acusado, contrariando os ensinamentos da melhor doutrina e jurisprudência processual penal brasileira e atacando frontalmente os princípios constitucionais da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório.

Em virtude da redação do § 3º do referido dispositivo remeter ao texto do § 2º há também que se indicar o veto daquele.

Cumpra observar, outrossim, que se impõe ainda, por interesse público, o veto à redação pretendida para o art. 366, a fim de se assegurar vigência ao comando legal atual, qual seja, a suspensão do processo e do prazo prescricional na hipótese do réu citado por edital que não comparecer e tampouco indicar defensor. Ademais, a nova redação do art. 366 não inovaria substancialmente no ordenamento jurídico pátrio, pois a proposta de citação por edital, quando inacessível, por motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu, reproduz o procedimento já previsto no Código de Processo Civil e já extensamente aplicado, por analogia, no Processo Penal pelas cortes nacionais” (Mensagem n. 421, de 20 de junho de 2008).

Em decorrência, conclui-se que, citado o réu por edital, o processo somente prosseguirá com seu comparecimento, consoante determinado no § 4º: “Comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos arts. 394 e seguintes deste Código”. Tais dispositivos dizem respeito ao procedimento. Entretanto, não só o comparecimento do réu determinará o fluir do processo, mas a constituição de defensor, consoante previsto no artigo 396, parágrafo único: “No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído”. Até

então, o processo e o prazo prescricional estarão suspensos, consoante preconizado no artigo 366 do Código de Processo Penal, redação mantida, haja vista o veto à matéria substitutiva.

Art. 383 – A nova redação é praticamente idêntica à anterior. Diz respeito à faculdade do juiz de dar nova definição jurídica ao fato descrito na denúncia ou queixa. Acrescentou-se o § 1º, que autoriza a suspensão condicional do processo, se viável, diante da nova classificação. No § 2º é determinada a remessa dos autos ao juiz competente para julgar a infração.

Art. 384 – Na redação primitiva, se o juiz reconhecesse a possibilidade de nova definição jurídica em decorrência de circunstância elementar, não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou na queixa, sem agravamento da situação anterior, ouviria a defesa no prazo de oito dias, a qual poderia arrolar até 3 testemunhas. Todavia, se da nova definição implicasse a aplicação de pena mais grave, indispensável seria o aditamento, consoante previsão do parágrafo único, ouvindo-se a defesa, que poderia arrolar até 3 testemunhas. Na nova disposição, o aditamento será sempre necessário. Leia-se:

Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Foram acrescentados parágrafos. O § 1º recomenda a aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal (remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça no caso de recusa ao aditamento). O § 2º determina que, ouvida a defesa e admitido o aditamento, dar-se-á continuidade à audiência, com inquirição de testemunhas, interrogatório, debates e julgamento. Não

recebido o aditamento, o processo prosseguirá (§ 5º). Da decisão caberá recurso em sentido estrito (MIRABETE, 1998, p. 618).

Art. 386 – Este artigo diz respeito às causas de absolvição. Não foi modificado pela lei em exame, mas pela n. 11.690, de 9 de junho de 2008, a qual lhe acrescentou um inciso, que passou a ser o IV – “estar provado que o réu não concorreu para a infração penal”, e reenumerou os demais. O inciso V, que se referia à existência de excludente ou causa de isenção de pena, que passou a ser o VI, teve o acréscimo significativo: a absolvição será pertinente se existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena “ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”. Houve ainda o ajuste dos artigos que se referiam às causas excludentes e de isenção de pena, que passaram a ser: 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28 do Código Penal.

Art. 387 – Refere-se às formalidades da sentença condenatória – “O juiz, ao proferir sentença condenatória”. Foi mantido o inciso I – “mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer”. Também permanece o inciso II, salvo a referência aos artigos do Código Penal: “II – mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal”. Tais dispositivos dizem respeito à aplicação da pena, inclusive a de multa.

Retirou-se do inciso III a expressão “se for o caso, a duração das acessórias”. Estas eram previstas no artigo 67 do Código Penal, em sua antiga redação: a perda da função pública, eletiva ou de nomeação, a interdição de direitos e a publicação da sentença. Hoje, as hipóteses estão previstas no artigo 92, como efeitos da condenação, excluída a publicação da sentença, que subsiste no art. 78, inc. 2, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990,

a qual dispõe sobre a proteção do consumidor. Em suma, o inciso III ficou assim redigido: “aplicará as penas de acordo com essas conclusões”.

O inciso IV previa providências que deixaram de existir com a reforma de 1984. Ou como nos diz Guilherme de Souza Nucci (2004, p. 628): “Medida de segurança ao réu perigoso: não mais existe o sistema do duplo binário (aplicação concomitante de pena mais medida de segurança, ao réu considerado perigoso, autor de crime violento), prevalecendo, atualmente, o sistema vicariante (aplicação de pena — ao imputável — ou medida de segurança — ao inimputável)”. O referido inciso (IV) teve nova redação: “O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

Ao artigo 387 foi acrescentado parágrafo único, com a redação seguinte: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”. Revogado, portanto, o artigo 594, pelo qual o réu somente poderia apelar se recolhido à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

Art. 394 – Determina que o procedimento será comum ou especial. O comum desdobra-se em ordinário, sumário e sumaríssimo. O primeiro é aplicável aos crimes cuja sanção máxima for igual ou superior a 4 anos; o segundo, às infrações penais cuja pena restritiva de liberdade for inferior a 4 anos; sumaríssimo, às infrações de menor potencial ofensivo.

O § 2º impõe aplicação do procedimento comum a todos os processos, salvo disposição contrária. O § 3º esclarece que aos crimes de competência do Tribunal do Júri aplicar-se-ão as disposições dos artigos 406 a 497. Esses artigos estão disciplinados na Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, que “Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro

de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências”.

O § 4º manda que se apliquem a todos os procedimentos de primeiro grau, “ainda que não regulados neste Código”, os artigos 395 a 398, que dizem respeito às hipóteses de não recebimento da denúncia ou queixa e absolvição sumária.

O § 5º autoriza aplicação subsidiária das “disposições do procedimento ordinário” aos procedimentos especiais, sumário e sumaríssimo.

Art. 395 – “A denúncia ou queixa será rejeitada quando” (antes art. 43):

“I – for manifestamente inepta” (novidade);

“II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal” (antes previsto no inciso III do art. 43);

“III – faltar justa causa para o exercício da ação penal” (novidade).

Anteriormente, a matéria estava regulada no artigo 43 (revogado) e enumerava como causa de rejeição da denúncia ou queixa três situações, quais sejam: “o fato narrado evidentemente não constituir crime” (que passou a ser causa de absolvição); “já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa” (que também passou a ser motivo de absolvição); “for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal” (mantida no item II, embora com outra redação). Quanto à inépcia da denúncia ou queixa, embora não prevista no texto em vigor antes da reforma, era amplamente utilizada, dês que aquelas peças não se ajustassem à exigência do artigo 41, *in verbis*: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Também, embora não previsto expressamente, a falta de justa causa era fundamento para o não recebimento da denúncia ou queixa, consoante amplamente difundido na doutrina e jurisprudência. A respeito, leia-se Fernando da Costa Tourinho Filho (1999, p. 121).

Art. 396 – Recebida a denúncia ou queixa, o acusado será citado para responder no prazo de 10 dias. Tratando-se de citação por edital, o prazo somente terá fluência a partir do comparecimento pessoal do acusado ou de defensor constituído, consoante preconizado no parágrafo único.

Art. 396-A – Na resposta o acusado deverá alegar preliminares e tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, com especificação das provas que pretende e das testemunhas, qualificando-as e requerendo-lhes a intimação, “quando necessário”. O § 1º impõe que “a exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código”.

De acordo com o § 2º, “não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”. Para entendimento dessa disposição, tenha-se em conta o que foi dito com relação ao artigo 363, quando se concluiu que o processo ficará paralisado e suspenso o prazo prescricional quando o acusado, citado por edital, não comparecer pessoalmente, nem seu defensor constituído. Aliás, consoante já referido, o prazo para apresentação da resposta do acusado citado por edital somente terá fluência com seu comparecimento ou do defensor constituído (art. 396, parágrafo único).

Art. 397 – Este artigo, em nova redação, trouxe radical alteração no procedimento ao permitir a absolvição sumária. Confira-se:

Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;

III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV – extinta a punibilidade do agente.

Contudo, não nos parece razoável cogitar de absolvição nessa fase, pelo menos nas hipóteses referentes ao mérito da imputação (incisos I e II), já que não cumprido o princípio do contraditório, previsto inclusive na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LV, em relação às provas existentes. Poder-se-ia cogitar, não há negar, que o dispositivo constitucional dissesse respeito apenas à defesa, haja vista sua redação: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. No entanto, o contraditório é princípio consagrado no Direito Processual Penal, na lição de Julio Fabbrini Mirabete (1998, p. 43):

Do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram no mesmo plano, e a liberdade processual que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar provas que convenham etc.

Não basta à caracterização do princípio do contraditório a presença das partes à produção da prova, mas é indispensável a do juiz, como estabelecido no artigo 155 do Código de Processo Penal, redação que lhe deu a Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Logo, é inviável a absolvição sumária prevista nos incisos I e II do artigo 397.

O inciso III – “o fato narrado evidentemente não constitui crime” – deveria ter ficado onde se encontrava anteriormente (causa de não recebimento da denúncia), porquanto, por razões óbvias, a absolvição pressupõe a existência de uma pretensão punitiva válida. Ora, se o fato narrado não constitui crime, a denúncia não deveria ter sido recebida, por ser inepta.

Com relação ao inciso IV – “extinta a punibilidade do agente” –, o artigo 107 do Código Penal enumera as hipóteses em que se extingue a punibilidade, comprováveis, a maioria, por meio de documento. Mas, cuidando-se de perda da pretensão punitiva do Estado, melhor ficaria com o seu reconhecimento, como até então, com a consequente extinção do processo, já que o mérito da acusação não será abordado, pois a matéria não lhe diz respeito diretamente.

A absolvição por estar extinta a punibilidade, como quer o novo disciplinamento, importará na revogação do artigo 108 do Código Penal, assim redigido: “A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão”.

Art. 398 – Revogado (dizia respeito ao número de testemunhas).

Art. 399 – Vencida a fase inicial (sem absolvição sumária), o juiz designará dia e hora para audiência, ordenando a intimação do acusado e de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

“§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.”

“§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.”

Este último parágrafo trouxe ao Processo Penal o princípio da identidade física do juiz, até então inexistente.

Na nossa legislação processual penal, ainda se mantêm as regras do procedimento escrito, com pálidos episódios decorrentes da oralidade e concentração. Uma importante exceção foi introduzida com o estabelecimento do rito sumaríssimo para o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais (art. 81 da Lei n. 9.099/95). O Código de Processo Penal também não consagra o princípio da identidade física do juiz, nem mesmo nos processos sumários, em que há certa concentração e imediatidade. Quando o art. 538, § 2º, alude ao juiz que “logo em seguida proferirá a sentença”, quer se referir ao juiz como órgão do poder jurisdicional, pouco importando qual seja a pessoa física do magistrado no momento (MIRABETE, 1998, p. 44).

Art. 400 – Disciplina a audiência de instrução e julgamento, colocando o interrogatório por último. As testemunhas arroladas pela acusação serão ouvidas em primeiro lugar, aliás como era prescrito na antiga redação do artigo 396. Contudo, não existe testemunha de acusação ou de defesa, e sim testemunha arrolada pela acusação ou pela defesa, as quais vêm ao processo para dizer o que sabem acerca da imputação, sem nenhuma vinculação aos interesses das partes. Por isso, de importância reduzida o cumprimento da determinação legal, no sentido de que testemunha arrolada pela acusação será ouvida em primeiro lugar. E quando se tratar de testemunha ouvida por precatória?

Ademais, mesmo não cumprida aquela determinação, a nulidade, se pretendida, somente poderá ser acolhida se comprovado prejuízo à defesa.

Está na hora de acolher com maior amplitude o disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Aliás, orientação expressamente acolhida na Lei n. 9.099/1995, art. 65, § 1º: “Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo”.

Esclarecimento prestado por perito será admitido, dès que requerido previamente, consoante determina o § 2º.

Art. 401 – Fixa o número de testemunhas (oito para a acusação e oito para a defesa), excluídas as que não prestaram compromisso e as referidas (§ 1º). No § 2º é permitida a desistência da ouvida de testemunha arrolada, com a ressalva do disposto no artigo 209, que faculta ao juiz a iniciativa da produção de prova oral.

Art. 402 – Após a produção da prova em audiência, há possibilidade de as partes requererem diligência “cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução”.

Art. 403 – Inexistindo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão apresentadas alegações orais, por 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), “proferindo o juiz, a seguir, sentença”.

§ 1º Na hipótese de existir mais de um réu, o prazo para alegações orais será “individual”.

Não há referência ao Ministério Público, situação que fere o princípio da igualdade das partes. Também lhe deveria ter sido assegurado prazo individual no caso de pluralidade de réus.

§ 2º — Atribui ao assistente o direito de usar a palavra por dez minutos, e igual prorrogação à defesa.

§ 3º — Diante da complexidade do caso ou do número de acusados, o juiz poderá autorizar que as alegações sejam apresentadas por escrito no prazo de 5 (cinco) dias, devendo proferir a sentença em 10 (dez) dias.

Art. 404 – Este artigo diz respeito à possibilidade de realização de diligências. Deferidas, fica suspensa a apresentação das alegações orais. As alegações finais serão oferecidas por memorial, no prazo de 5 (cinco) dias, com sentença prolatada em 10 (dez) dias.

Art. 405 – “Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos”.

“§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.”

“§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.”

Até aqui, pratica-se o estabelecido no art. 394, § 4º — “As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código”.

Art. 531 – “Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate”.

Art. 532 – “Na instrução, poderão ser inquiridas até 5 (cinco) testemunhas arroladas pela acusação e 5 (cinco) pela defesa”.

Art. 533 – “Aplica-se ao procedimento sumário o disposto nos parágrafos do art. 400 deste Código”, quais sejam:

“§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

“§ 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes”.

Art. 534 – “As alegações finais serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença”.

“§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.”

Novamente não há referência ao Ministério Público; não lhe é assegurado o direito de usar a palavra por mais tempo quando houver mais de um réu.

Também não há menção expressa de as alegações finais e a sentença serem deduzidas posteriormente por escrito. Todavia, levando em conta o contido no artigo 394, § 5º — “aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário” —, é viável lançar mão do estabelecido no art. 403, § 3º, *in verbis*: “O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença”. Ou mesmo do contido no artigo 402: “Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução”.

Art. 535 – “Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer”.

A solução preconizada dificilmente surtirá efeito, porquanto, faltando uma testemunha arrolada pela acusação, sua condução coercitiva para a mesma audiência será, praticamente, impossível. Sem dúvida, outra deverá ser designada, com determinação de condução coercitiva da testemunha que faltou.

Art. 536 – Este artigo aponta solução ao impasse decorrente da obrigatoriedade de as testemunhas ditas de acusação serem inquiridas em primeiro lugar. Atente-se: “A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no art. 531 deste Código”. Ora, ao se referir ao comparecimento de testemunha, sem mencionar quem a arrolou, é possível concluir, já que vedada a suspensão da audiência, que a ordem estabelecida deve ser obedecida com relação às que se encontram presentes.

Art. 537 – Revogado (dizia respeito à defesa prévia no antigo procedimento sumário).

Art. 538 – “Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo”.

Na Lei n. 9.099/1995, não há previsão de o réu ser citado por edital. Nesse caso, os autos deverão ser remetidos ao juizado, nos termos do artigo 66 e seu parágrafo único: “A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado. Parágrafo único: Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei”.

REFERÊNCIAS

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Florianópolis: TJSC, 1973-. v. 104/105, 2003/2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Ofício datado de 28 de abril de 1981, encaminhando sugestões ao Ministério da Justiça.